

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Ambtshalve horen van getuigen in hoger beroep)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Ambtshalve horen van getuigen in hoger beroep)*, No. 488, No. ECLI:NL:HR:2014:2753, Sep 23, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. Ruim zeven jaar geleden is door de Wet stroomlijnen hoger beroep het zogeheten voortbouwende karakter van het hoger beroep in de wet vastgelegd. Dat komt in het bijzonder tot uitdrukking in artikel 415 lid 2 Sv, op grond waarvan het gerechtshof het onderzoek ter terechtzitting richt op de bezwaren die door de verdachte en het openbaar ministerie worden ingebracht tegen het vonnis dat in eerste aanleg is gewezen, en op hetgeen overigens nodig is. De Hoge Raad heeft in diverse arresten dit voortbouwend karakter aangegrepen om – ook reeds langer bestaande – voorschriften nader uit te leggen en aan te scherpen, onder andere waar het gaat om het oproepen en horen van getuigen (zie HR 6 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2675, *NJ* 2011/496 m.nt. P.A.M. Mevis; vgl. voorts HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3614, *NJ* 2012/610 en HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6913, *NJ* 2012/413 m.nt. M.J. Borgers). In het hierboven afgedrukte arrest wordt met een beroep op het voortbouwend appel de verplichting uit de zogeheten ‘Grenzen getuigenbewijs’-rechtspraak tot het ambtshalve oproepen van getuigen (in de woorden van de Hoge Raad:) genuanceerd. Het komt erop neer dat voortaan op de appelrechter niet steeds de verplichting rust om een getuige op te roepen, wanneer die getuige aanvankelijk een belastende verklaring heeft afgelegd, maar nadien die verklaring tegenover een rechter heeft ingetrokken of – kort gezegd – in ontlastende zin heeft gewijzigd, terwijl die belastende verklaring het enige bewijsmiddel is waaruit de betrokkenheid van de verdachte bij het ten laste gelegde feit rechtstreeks kan volgen. Overigens rept de Hoge Raad in rov. 3.5 alleen van het intrekken van de belastende verklaring, maar uit rov. 3.6 – en de daarop volgende overwegingen – blijkt dat de nuancering in rov. 3.5 ook ziet op het in ontlastende zin wijzigen van de verklaring.

2. Zoals helder en bondig door A-G Bleichrodt uiteen wordt gezet, is reeds eerder gepleit voor het loslaten van de – min of meer absolute – verplichting tot ambtshalve oproeping, in ieder geval in relatie tot het hoger beroep. Veel effect hadden dergelijke pleidooien niet, althans niet tot het wijzen van het hierboven afgedrukte arrest. In HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4834, *NJ* 2006/333 – gewezen vóór de inwerkingtreding van de Wet stroomlijnen hoger beroep – liet de Hoge Raad in reactie op de krachtige uiteenzetting van A-G Knigge nog blijken, met een beroep op de ‘zorg voor een zo betrouwbaar mogelijke bewijsvoering’, te willen vasthouden aan de ambtshalve oproepingsplicht. Dat de Hoge Raad thans van die opvatting terugkomt, valt naar mijn mening positief te waarderen (zie nader de noot onder HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3424, *NJ* 2011/100). Opmerkelijk is niettemin dat de Hoge Raad thans de draai maakt met een beroep op het voortbouwend karakter van het hoger beroep. Omdat de Wet stroomlijnen hoger beroep al jaren geleden is ingevoerd, had de Hoge Raad die draai al veel eerder kunnen maken. Sinds die invoering heeft de Hoge Raad diverse arresten gewezen waarin hij de mogelijkheid had kunnen aangrijpen om tot nuancering over te gaan (vgl. het overzicht in voetnoot 4 van de conclusie van A-G Bleichrodt). Dat roept de vraag op of het gewijzigde karakter van het hoger beroep hier niet in enigerlei mate een gelegenheidsargument is. Op zich is dat niet iets om moeilijk over te doen. Maar een

interessante vraag is wel of het loslaten van de ambtshalve oproepingsplicht werkelijk voortkomt uit het opnieuw doordenken van de consequenties van het voortbouwende karakter van het hoger beroep, of dat hier sprake is van een ommezwaai die ook buiten het verband van het hoger beroep betekenis heeft of kan hebben.

3. Nu is het natuurlijk niet goed mogelijk om de nieren van de Hoge Raad te proeven. De zojuist opgeworpen vraag is dan ook enigszins tendentieus. Beschouwt men de overwegingen van de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest naar de letter, dan is duidelijk dat de Hoge Raad de ambtshalve oproepingsplicht alleen wil afzwakken voor de appelrechter, terwijl daarvoor geen ander argument wordt verschaft dan het voortbouwende karakter van het hoger beroep. Tegelijkertijd rijst de vraag of het wel logisch is om alleen in relatie tot het hoger beroep terug te komen op de 'Grenzen getuigenbewijs'-rechtspraak. In zijn zojuist genoemde conclusie uit 2006 voert A-G Knigge twee argumenten aan voor een heroverweging van die rechtspraak. Het eerste argument, dat de Hoge Raad thans tot de zijne maakt, betreft de introductie van het voortbouwend appel. Knigge wijst er echter ook op – en dat betreft het tweede argument – dat 'de ontwikkeling naar een voortbouwend appel [deel uitmaakt] van een bredere rechtsontwikkeling waarin het contradictoire karakter van het strafproces steeds sterker wordt benadrukt'. Deze bredere rechtsontwikkeling heeft evenzeer betekenis voor de eerste aanleg. Zou er dan geen reden kunnen zijn om de ambtshalve oproepingsplicht uit de 'Grenzen getuigenbewijs'-rechtspraak ook te heroverwegen in relatie tot de rechter in eerste aanleg?

De vraag stellen, is – wat mij betreft – hem beantwoorden. Dat kan met een enkel voorbeeld inzichtelijk worden gemaakt. Situatie 1: getuige A legt een belastende verklaring af tegenover de politie (waarbij die verklaring geldt als het enige bewijsmiddel waaruit de betrokkenheid van de verdachte bij het ten laste gelegde feit rechtstreeks kan volgen). Daarna wordt getuige A gehoord tijdens het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg, waarbij hij op zijn eerdere verklaring terugkomt. In hoger beroep geldt nu, gelet op het hierboven afgedrukte arrest, niet langer de strikte ambtshalve oproepingsplicht voor het gerechtshof. Stel nu – situatie 2 – dat deze getuige A, na zijn verhoor door de politie, door de rechter-commissaris wordt opgeroepen, waarna hij tegenover de rechter-commissaris zijn belastende verklaring intrekt. In dat geval geldt – overeenkomstig HR 1 februari 1994, *NJ* 1994/427 m.nt. G.J.M. Corstens (Grenzen getuigenbewijs) – nog wel een ambtshalve oproepingsplicht voor de rechter in eerste aanleg. Kennelijk is er een zodanig verschil tussen deze situaties aanwijsbaar dat de ambtshalve oproepingsplicht wel kan worden gemist in hoger beroep, maar niet in eerste aanleg. Maar het is (mij) niet duidelijk waar dat verschil in de gedachtegang van de Hoge Raad dan in zou schuilen.

4. Gesteld zou wellicht kunnen worden dat in de gevallen waarop de 'Grenzen getuigenbewijs'-rechtspraak ziet, het wenselijk is dat de getuige in ieder geval eenmaal ter terechtzitting – en wel in eerste aanleg – wordt gehoord. De appelrechter kan dan, wanneer hij voor de beslissing staat of die getuige ook in hoger beroep moet worden gehoord als ook of de belastende verklaring voor het bewijs wordt gebezigd, acht slaan op de overwegingen die de rechter in eerste aanleg heeft gewijd aan de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van hetgeen door de getuige is verklaard. In de hiervoor als tweede geschetste situatie ontbreekt die mogelijkheid. Een verschil tussen het horen door de rechter-commissaris en door de zittingsrechter is immers dat de rechter-commissaris zich in principe niet inhoudelijk over de verklaringen van de getuige uitlaat.

Een goede reden om de ambtshalve oproepingsplicht onverkort te handhaven voor de eerste aanleg kan hierin mijns inziens niet worden gevonden. Dat houdt niet alleen verband met het feit dat op de rechter in eerste aanleg niet zonder meer de verplichting rust om zich (uitvoerig) uit te laten omtrent de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van hetgeen door de getuige is verklaard. Belangrijker is dat zich situaties kunnen voordoen waarin het ook voor de rechter in eerste aanleg weinig tot niets zal toevoegen om de getuige op te roepen. Hierop is reeds gewezen door A-G Machielse in zijn conclusie voor HR 15 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4681: 'Ik kan mij zelfs voorstellen dat de vonnisrechter, in eerste aanleg dan wel in hoger beroep, het oproepen van een getuige als waarvan hier sprake is achterwege laat, als de rechter in zijn vonnis motiveert waarom hij de belastende, tegenover de politie afgelegde verklaring betrouwbaarder acht dan de verklaring die de getuige tegenover de rechter-commissaris heeft afgelegd.' Machielse noemt daarbij als voorbeeld de getuige die, na een belastende verklaring te hebben afgelegd, tegenover de rechter-commissaris aan de verdachte een alibi verschaft door te stellen dat hij zich ten tijde van het delict samen met de verdachte in Australië bevond, terwijl vervolgens blijkt dat de getuige daar nooit is geweest.

Kortom: in die situaties waarin de rechter helder en begrijpelijk uiteen kan zetten waarom hij wel de belastende verklaring volgt, maar niet de nadien door de getuige gewijzigde verklaring, is er geen goede reden om oproeping van de getuige *dwingend* – dat wil zeggen: zonder uitzondering – voor te schrijven. Voor de rechter in eerste aanleg geldt niets anders dan voor de rechter in hoger beroep: het komt neer op de concrete feiten en omstandigheden van het geval, de proceshouding van de verdachte, de opstelling van het openbaar ministerie en het procesverloop of het toegevoegde waarde heeft om tot het oproepen en het horen van de getuige over te gaan.

4. Beschouwt men rov. 3.5 van het hierboven afgedrukte arrest meer in detail, dan blijkt het nog niet zo eenvoudig te zijn om aan te geven welke nuance de Hoge Raad exact heeft aangebracht. De Hoge Raad laat blijken dat de appelrechter niet ambtshalve verplicht moet zijn 'steeds' tot het oproepen van de getuige over te gaan. Dat laat de mogelijkheid open dat onder bepaalde, bijzondere omstandigheden toch nog een ambtshalve oproepingsplicht zou gelden. Tegelijkertijd brengt de Hoge Raad naar voren dat het aan de procespartijen en de appelrechter wordt overgelaten om te beoordelen of tot oproeping wordt overgegaan. Dat duidt erop dat het niet de bedoeling is van de Hoge Raad om nu (opnieuw) specifieke categorieën van gevallen af te bakenen waarin toch nog een ambtshalve oproepingsplicht zou gelden. Dat – zoals de Hoge Raad overweegt – de beoordeling of de getuige ter terechtzitting moet worden gehoord, mede 'aan de procespartijen' wordt overgelaten, wijst er veeleer op dat klachten in cassatie omtrent het niet-oproepen in principe alleen kans van slagen hebben indien de verdediging zelf de benodigde verzoeken tot het oproepen en horen van de getuige heeft gedaan voorafgaand aan en/of tijdens het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep. (Iets anders is dat het, in het licht van Straatsburgse rechtspraak, soms problematisch kan zijn wanneer de belastende verklaring van een niet-ondervraagde getuige voor het bewijs wordt gebezigd, ook zonder dat door de verdediging de wens is geuit tot het oproepen en horen van die getuige. Vgl. daaromtrent De Wilde, *NJB* 2007/1202. In dat geval dient in cassatie echter te worden geklaagd over de bewezenverklaring.)

Onduidelijk is of de Hoge Raad tegenover de nuancering van de oproepingsplicht een aanscherping van de motiveringsplicht ter zake van het betrouwbaarheidsoordeel wil stellen. De Hoge Raad rept daar niet van. Dat zou kunnen betekenen dat de Hoge Raad geen bijzondere motiveringsplicht wil aan-

nemen, maar de aard en de omvang van de onderbouwing van het bewijsoordeel afhankelijk wil laten zijn van hetgeen door de procespartijen wordt aangevoerd. In dat geval verschaft de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv reeds een toereikend voorschrift. In het oog dient wel te worden gehouden dat de Hoge Raad het arrest zo heeft ingekleed dat hij zich in rov. 3.5 niet heeft hoeven uit te spreken over de motivering van het betrouwbaarheidsoordeel. In rov. 3.1-3.9 bespreekt de Hoge Raad immers alleen het eerste middel voor zover daarin wordt geklaagd over het *gebruik* van de bij de politie afgelegde getuigenverklaring. Waar dat eerste middel klaagt over de bewijs*motivering*, wordt in rov. 4 artikel 81 RO in stelling gebracht. Gelet op het feit dat in de onderhavige zaak het gerechtshof helder en tamelijk uitvoerig uiteen heeft gezet waarom het geen waarde hecht aan de nadien gewijzigde verklaring van diezelfde getuige, wekt dat op zich geen verbazing. Maar het gevolg is wel dat de Hoge Raad in het midden houdt wat zijn oordeel is omtrent de hier geldende motiveringsplichten.

Zou er een specifieke, ambtshalve motiveringsverplichting moeten gelden? Het komt mij voor dat, gelet op de zorg voor een zo betrouwbaar mogelijke bewijsvoering, inderdaad mag worden verwacht dat de rechter aangeeft waarom hij het verantwoord acht om tot een veroordeling te komen, wanneer die veroordeling ‘hangt’ op de belastende verklaring van één getuige, terwijl die getuige ook anderszins heeft verklaard. Het ontbreken van een dergelijke explicatie kan de beslissing om tot bewezenverklaring over te gaan, onbegrijpelijk maken. Het hangt daarbij af van de concrete omstandigheden van het geval hoeveel uitleg nodig is. Soms zal reeds uit de bewijsconstructie – de gebezigde bewijsmiddelen – genoegzaam blijken waarom de rechter is afgegaan op de belastende verklaring. Gewezen kan hier ook worden op artikel 342 lid 2 Sv. Dat voorschrift noopt de rechter ertoe aan te geven waarom hij het verantwoord acht om tot een veroordeling te komen op basis van in essentie één – belastende – getuigenverklaring. Onderdeel van die verantwoording kan zijn dat de rechter aangeeft waarom hij juist waarde hecht aan die belastende verklaring en niet aan hetgeen nadien door dezelfde getuige in andersluidende zin naar voren is gebracht.

5. Afrondend: het hierboven afgedrukte arrest laat een beweging in de goede richting zien, maar die beweging is wat mij betreft nog niet voltooid. Ook in relatie tot de eerste aanleg kan de ambtshalve oproepingsplicht worden losgelaten. Belangrijker dan een starre oproepingsplicht is een goede verantwoording door de rechter van zijn bewijsbeslissing.